

TEORIA GERAL DO CONTRATO: ATUALIZAÇÕES POSITIVADAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

STEPHAN KLAUS RADLOFF, MSC.

**JUIZ DE DIREITO NA COMARCA DE BLUMENAU.
PÓS-GRADUADO EM DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL PELA
UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ,
STA. CATARINA – BRASIL E EM DIREITO DO MEIO-AMBIENTE E DO
CONSUMIDOR PELA UNIVERSIDADE DE
ÉVORA, PORTUGAL.
MESTRE EM CIÊNCIA JURÍDICA PELA UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ,
STA. CATARINA - BRASIL.
DOUTORANDO EM CIÊNCIA JURÍDICO-POLÍTICA NA UNIVERSIDADE
CLÁSSICA DE LISBOA, PORTUGAL.**

**EMENTA: TEORIA GERAL DO CONTRATO: ATUALIZAÇÕES
POSITIVADAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR -
TRADICIONALISMO CONTRATUAL E UMA NOVA REALIDADE - OS
PILARES CONTRATUAIS: LIBERDADE CONTRATUAL, FORÇA
OBRIGATÓRIA DO CONTRATO E VÍCIOS DE CONSENTIMENTO - O
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA SUSTENTAÇÃO
CONSTITUCIONAL**

1.1 TRADICIONALISMO CONTRATUAL E UMA NOVA REALIDADE

1.1.1 Os Pilares Contratuais: liberdade contratual, força obrigatória do contrato e vícios de consentimento

A interpretação dos contratos remete a um estudo histórico-evolutivo na medida em que o conceito contratual vem sendo construído a partir dos romanos, tendo por sustentação as práticas comerciais de cada época.

Por certo que o contrato não antecedeu as práticas comerciais primitivas, mas sim, por estas foi forjado diante da necessidade de um instrumento que possibilitasse segurança nas trocas comerciais cada vez mais intensas.

Humberto THEODORO JÚNIOR¹ ratifica:

Naturalmente, o conceito de contrato como instrumento de jurisdicionalização dos comportamentos e das relações humanas no campo das atividades econômicas não se implantou **ex abrupto**. Historicamente houve uma longa evolução que conjugou o plano econômico com o desenvolvimento global da civilização, até que o controle da circulação das riquezas se inserisse totalmente no domínio do direito.

Inegável o papel do contrato como manancial de troca de riquezas. Os modelos econômicos, independentemente de sua origem, sempre trouxeram, intrinsecamente, o contrato como principal instrumento jurídico garantidor do propósito final da sociedade gregária, quer seja, com as trocas comerciais e alcance da riqueza, a promoção da paz social com segurança jurídica.

Apenas para ilustrar, certo é que contratos como o de compra e venda, o de empréstimo e o de permuta, dão um exemplo claro da importância do contrato como fator de progresso seguro dentro das sociedades, pois é através do contrato que uma das partes se compromete à transferência de propriedade de determinado objeto a outra desde que pago o preço avençado. Poderia se escrever sobre os contratos de empréstimo e/ou permuta, porém o contrato de compra e venda tornou-se o objeto mais comum de troca de riquezas na sua própria evolução.

Sendo o contrato o instrumento jurídico de suma importância não só atual, mas como valor histórico da evolução societária, verdade é que, sua existência não se deve tão somente pelo fato do sinalagma, considerando a simples troca de bens por dinheiro, mas a positivação mínima de garantia de prestações e contraprestações dando efetividade ao negócio realizado.

Os doutrinadores das mais variadas e distantes épocas sempre acentuaram a importância do contrato como instrumento de efetividade jurídica, já que o consenso de vontades firmado pelas partes as vinculam criando direitos e obrigações protegidos pela ordem jurídica vigente. Esta é a essência do contrato, ou seja, há o interesse estatal de proteção dos direitos e deveres oriundos da vinculação contratual, pois à sociedade interessa o fomento da atividade comercial como fator de progresso.

Inobstante tal desiderato, há de se reconhecer que a exegese dos contratos vem sofrendo, na medida da evolução das relações comerciais e consumeristas, interpretações oriundas da existência de novas formas de consumo, como a indústria da informação e de massa, entre outras, estando a

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito do Consumidor.... p. 3.

sociedade atual, portanto, a reclamar a aplicação de princípios reguladores que venham trazer equilíbrio e harmonia nas obrigações contratuais.

Para Cláudia Lima MARQUES²:

A concepção de contrato, a idéia de relação contratual, sofreu, porém, nos últimos tempos uma evolução sensível, em face da criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada, de consumo, massificada, sociedade de informações, e, em face, também, da evolução natural do pensamento teórico-jurídico.

O contrato evoluirá, então, de espaço reservado e protegido pelo direito para a livre e soberana manifestação da vontade das partes, para um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mas eqüitativas.

Somente para enriquecer o tema, a visão estrangeira observa-se nas palavras de Cláudia Rita BRIZZIO³, catedrática da Universidade Nacional de Mar Del Plata:

[...] o direito tradicional parte da concepção de sujeitos economicamente iguais, com um poder de negociação similar, que os leva a contratar em igualdade de condições, logrando um equilíbrio, contratando em um plano de justiça, buscando

² MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor...p. 39.

³ [...] el derecho tradicional partía de la concepción de sujetos económicamente iguales, con un poder de negociación similar, que los llevaba a pactar en igualdad de condiciones, logrando un equilibrio, o sea a contratar en un plano de justicia, buscando en paridad un intercambio razonable.

Dentro de este contexto, la función del Estado a través de las normas legales emanadas del legislador y la de los tribunales, era exclusivamente la de proteger y possibilitar la actuación de las voluntades libres.

El nuevo derecho del consumidor intenta corregir y enmendar los defectos, las deficiencias o desequilibrios internos del cuerpo social causados por la natural irracionalidad de la economía de libre mercado y del sistema social subsiguiente.

He aquí, que en la última fase del proceso económico de reproducción capitalista fundado en el mercado, el protagonismo colectivo es del consumidor, destinatario final del proceso de circulación económica. En otros términos, en el sistema de mercado el consumidor se enfrenta con estructuras de poder ya consolidadas, lo que explica la subordinación estructural del consumidor al mercado.

BRIZZIO, Cláudia Rita. La teoría general del contrato y el derecho del consumidor. p. 22-23.

na paridade um intercâmbio razoável.

Dentro deste contexto, a função do Estado através das normas legais emanadas do legislador e dos tribunais, era exclusivamente proteger e possibilitar a atuação das autonomias de vontade.

O novo direito do consumidor intenta corrigir e emendar os defeitos, as diferenças, os desequilíbrios internos do corpo social causados pela natural irracionalidade da economia do mercado livre e do sistema social subsequente. Há aqui que a última fase do processo econômico de reprodução capitalista fundado no mercado, o protagonismo econômico é do consumidor, destinatário final do processo de circulação econômica. Em outros termos, no sistema de mercado o consumidor se vê enfrentando estruturas de poder já consolidadas, o que explica a subordinação do consumidor ao mercado.

Obviamente resta inviável uma análise científica responsável da teoria clássica dos contratos sem breve exposição de um dos seus requisitos essenciais, quer seja, a liberdade contratual como reflexo finalista da autonomia da vontade no liberalismo iniciado no século XVIII⁴.

A tese defendida e esposada por este movimento político e econômico consiste na de que é a vontade das partes – e não a lei – a fonte única e original da obrigação contratual. Necessário se faz a contextualização da forma de concepção do contrato no século XIX, na medida em que, à época, tomava conta a idéia da *livre concorrência* e, como tal, tornava-se mister a garantia de maior independência do individualismo sobre o poder estatal objetivando uma economia mais livre e descentralizada.

Daí surge a máxima: *pacta sunt servanda*.

Enzo ROPPO, citado por Humberto THEODORO JÚNIOR⁵, discorre sobre o *pacta sunt servanda* como

um princípio que, além da indiscutível substância ética, apresentava também um relevante significado econômico: o respeito rigoroso pelos compromissos assumidos e, de fato,

⁴ Para o movimento político denominado Liberalismo adotou-se o seguinte conceito operacional: corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, caracterizada por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. p. 89.

⁵ apud THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito do Consumidor.... p. 3.

condição para que as trocas e as outras operações de circulação da riqueza se desenvolvam de modo correto e eficiente segundo a lógica que lhes é própria, para que se não frustrem as previsões e os cálculos dos operadores.

O preceito estabelecido pelo liberalismo confere ao poder estatal apenas possibilidades de intervenção supletivas à vontade estabelecida das partes – como p. ex., regras sobre o lugar e tempo de pagamento -, não interferindo na substância do contrato.

O surgimento da idéia do *Estado Liberal* traz embutida a concepção da presença mínima do estado na intervenção das relações dos indivíduos. Deveria, portanto, o Estado preocupar-se tão somente com a defesa interna (polícia), a defesa externa (forças armadas) e o poder liberatório do dinheiro (moeda nacional).

Esta situação de superioridade da vontade das partes sobre a lei, criando com isso o que se nominou de força obrigatória dos contratos (na concepção liberalista do século XIX) é evidenciada por Cláudia Lima MARQUES⁶ quando aduz que

a idéia de força obrigatória dos contratos significa que uma vez manifestada a vontade as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos externos e incontroláveis pela vontade do homem).

E continua com relevância à falta de possibilidade de intervenção estatal, agora sob o enfoque do Poder Judiciário, pois ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato, ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato⁷.

Ou nas palavras de Humberto THEODORO JÚNIOR⁸ quanto ao juiz, sua intervenção somente se justificaria para “fazer cumprir o contrato por quem se recusa a executar seu compromisso”, ou para negar-lhe efeitos quando pactuado com infringência de preceito de ordem pública.

Para emprestar legitimidade àquele movimento político, econômico, cultural e moral de liberalismo, consolidou-se a idéia de que a vontade expressada pelas partes estaria legitimada desde que isenta de influências coatoras externas – tais fatores restaram positivados nos defeitos dos atos jurídicos previstos nos

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor...p. 50.

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor...p. 50.

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito do Consumidor.... p. 7 com transcrição de Rubén S. Stiglitz – nota de rodapé 14.

arts. 86 a 113 do Código Civil⁹ -.

Nos termos desta visão tradicional e conservadora, o consentimento viciado do contraente, segundo a exegese dos defeitos dos atos jurídicos previstos nos arts. 86 a 113 do Código Civil de 1916, não o obrigam e, *contrario sensu*, não havendo estas coações externas de vontade, resta intacta a obrigação assumida pouco importando se o conteúdo do contrato é justo ou injusto, salvo no caso da exceção especialíssima de aplicação da teoria da imprevisão.

Para Paulo Márcio CRUZ¹⁰:

Controlando o Estado, as burguesias européias fizeram sua revolução, que basicamente consistiu em assentar as bases jurídicas, administrativas, culturais e institucionais para fazer possível um desenvolvimento econômico capitalista. Sempre como o cuidado extremo de excluir as camadas populares e trabalhadoras de todos os centros e instâncias de decisão política. O modelo foi a Inglaterra e o instrumento fundamental a codificação burguesa, principalmente os códigos comerciais, civis e penais.

Uma estrutura jurídica contratual desta envergadura não merece aplausos pela sua evidente insensibilidade e afronta aos princípios básicos constantes do Código de Defesa do Consumidor. Justamente a imposição das políticas de um Estado Liberal, as quais não possuíam compromisso com o que denominou KEYNES¹¹ como Estado do Bem Estar, forjaram o aparecimento de legislações protetivas que visam propiciar instrumentos reguladores das pretensões lucrativas exorbitantes, ou seja, rédeas para o capitalismo selvagem.

A jurisprudência pátria, apenas para citar sua renovação, já alerta o desprestígio do apego exagerado ao *pacta sunt servanda*:

Teoria da imprevisão — Amplo abrigo na jurisprudência

⁹ BRASIL, Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916.

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. p. 109.

¹¹ John Maynard Keynes (1883-1946), nobre economista inglês, nascido em Cambrigde em 1883 e morto em Sussex em 1946, foi conselheiro do Tesouro britânico durante a Primeira Guerra Mundial. Após a guerra, publicou o estudo Conseqüências Econômicas da Paz (1919). Autor de um Tratado Sobre a Moeda (1930) e, depois, de uma Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda (1936), Keynes atacou o problema do subemprego que existia na Inglaterra depois de 1930. Ele enxergou, nesta situação, um estado de subequilíbrio permanente que nenhum mecanismo automático de mercado corrigia. Keynes pregou, em conseqüência, um crescimento do consumo, uma baixa taxa de juros, o crescimento dos investimento públicos, medidas que implicavam a intervenção do Estado. Ele teve um papel muito importante na conferência de Bretton Woods, em 1944. CRUZ, Paulo Márcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. p. 119 – nota de rodapé 90.

brasileira — Derrogação do princípio ‘pacta sunt servanda’.

Contrato — Teoria da imprevisão — Admissibilidade — Superveniência de plano econômico — Utilização de tabela defladora que faz romper o equilíbrio contratual — Necessidade de revisão da relação jurídica — Ação improcedente — Recurso provido.

A revisão que vise a restabelecer o equilíbrio das prestações constitui uma restauração do contrato, cuja natureza comutativa foi desfigurada” (JTJ, Lex 164/32).

Corroborar Humberto THEODORO JÚNIOR¹²:

[...]. Os contratantes, em grande número de vezes e, até na maioria das vezes, encontram-se em posições de notório desequilíbrio, seja moral, seja econômico, seja técnico, seja mesmo de compreensão e discernimento. Soa fictícia, portanto, a afirmação de que é sempre justo o contrato porque fruto da vontade livre das partes iguais juridicamente.

A intervenção da nova ordem jurídica no domínio do contrato não visa abolir o princípio substancial de igualdade entre os contratantes; ao contrário, ao tutelar a parte débil e vetar ou alterar as cláusulas que lhe são perniciosas, o que realmente promove é o equilíbrio e, conseqüentemente, a igualdade efetiva dos contratantes.

A liberdade contratual, através dos conceitos insertos no Código de Defesa do Consumidor, implica na análise não só do texto contratual, mas também do seu contexto, ou seja, deverão ser interpretadas as cláusulas contratuais impostas levando-se em consideração a capacidade cognitiva e volitiva do consumidor em se obrigar.

É o que defende Cláudia Lima MARQUES¹³:

A idéia de autonomia de vontade está estreitamente ligada a idéia de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas. A liberdade contratual significa, então, a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, liberdade de escolher o seu parceiro contratual, de

¹² THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito do Consumidor.... p. 8-9.

¹³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor...p. 48.

fixar o conteúdo e os limites das obrigações que quer assumir, liberdade de poder exprimir a sua vontade na forma que desejar, contando sempre com a proteção do direito.

Portanto, indispensável em uma nação defensora de uma democracia participativa que a liberdade contratual seja protegida pela legislação atribuindo a esta liberdade uma autonomia legítima isenta de vícios que, dada a massificação das relações de consumo, com um número cada vez maior de ávidos consumidores, contratos padrões e sistemas complexos de responsabilidades, garanta o devido esclarecimento a cada uma das partes envolvida na cadeia consumidora. Até porque, segundo Cláudia Lima MARQUES¹⁴,

o contrato é o instrumento de circulação das riquezas das sociedades, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro.

1.1.2 O Código de Defesa do Consumidor e sua sustentação constitucional

A origem do Código de Defesa do Consumidor, incrustada nas determinações constantes da Constituição Federativa do Brasil, é fruto de uma mudança histórico-evolutiva do Direito Constitucional e sua renovada abrangência pelos campos do direito privado, mormente sobre as regras impostas pelo movimento liberalista do século XIX constantes das legislações civilistas.

Para Miguel REALE¹⁵ esta evolução restou aplicada na atual Carta Magna do país:

Nas Constituições contemporâneas, ao invés de se disciplinar primeiro a organização do Estado, como antes se fazia, para depois serem estabelecidos os direitos e garantias individuais, começa-se pelos enunciados destes, o que demonstra que, no Direito atual, os poderes do Estado são atribuídos em função dos imperativos da sociedade civil, isto é, em razão dos indivíduos e dos grupos naturais que compõem a comunidade. Por outras palavras, o **social** prevalece sobre o **estatal**. Esta é

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Contrato no Código de Defesa do Consumidor... p. 213.

¹⁵ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. . p. 345.

a orientação seguida na Constituição de 1988.

A idéia da abrangência e nova função soberana do Direito Constitucional sobre a legislação civil é verificada no entendimento de Pietro PERLINGIERI¹⁶ quanto aos institutos privados:

Estes não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos 'valores', na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores da existência.

Independentemente dos comandos constitucionais serem positivos (obrigação de fazer do Estado) ou negativos (abstenção de eventuais iniciativas), importante a afirmação do poder soberano da Constituição Federativa do Brasil sobre as demais legislações existentes na ordem jurídica vigente. No entender de Luiz Antonio Rizzatto NUNES¹⁷

o que se está procurando ressaltar é que a Carta Magna exprime um conjunto de normas supremas, que demandam incondicional observância, inclusive pelo legislador infraconstitucional. Não é por outro motivo que a Constituição é a **lei fundamental do Estado**.

A propósito, Gomes CANOTILHO, citado por Luiz Antonio Rizzatto NUNES¹⁸, enfatiza a superioridade hierárquica da Constituição em três perspectivas:

(1) as normas do direito constitucional constituem uma 'lex superior' que recolhe o fundamento de validade em si própria ('autoprimazia normativa'); (2) as normas de direito constitucional são 'normas de normas' ('norma normarum'), afirmado-se como fontes de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentadoras, normas estatutárias, etc.); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a constituição.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil... p. 33.

¹⁷ Apud NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor... p. 1.

¹⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor... p. 1-2.

Relevante constar que, enquanto no período liberalista as constituições cumpriam a função de limitar a ingerência do Poder Estatal, as evoluções societárias forçaram o aparecimento de cartas magnas positivas, ou seja, ao invés de impedir a ação do Poder Estatal como instrumento de equilíbrio, incentiva tais medidas e em muitos casos as impõe.

Para Cláudia Lima MARQUES¹⁹:

No Estado Liberal do séc. XIX tal eficácia impositiva dos direitos assegurados no texto constitucional seriam impensável, pois ao Estado cabia justamente o “não fazer”, a função negativa antes mencionada, e estas previsões nada mais seriam do que belas linhas programáticas a depender da livre decisão, por conveniência ou oportunidade, do Poder Executivo. Hoje a intervenção determinada pela própria Constituição diminui o espaço reservado para os particulares auto-regularem livremente as suas relações negociais, isto é, limita a própria autonomia privada; diminuindo também o espaço de decisão do próprio Estado e de seus três poderes, levados a legislar, executar e interpretar leis conforme ordenadas pela Constituição.

A Constituição Federativa do Brasil – atendendo aos anseios populares de uma medida protetiva para as relações de consumo – determinou a tutela dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais (art. 5º, XXXII), possibilitando a intervenção estatal nas relações consumeristas por delegação constitucional, marcando, inclusive, prazo para sua elaboração (cento e vinte dias da promulgação da Carta Magna - art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

Observado que a Lei Magna brasileira adotou a teoria aplicável dos pesos e contra-pesos, já que ao estabelecer a proteção dos direitos do consumidor como direito fundamental constitucional (art. 5º, XXXII e art. 170, V), apresentou um contra-peso, um instrumento de equilíbrio, ao princípio da livre iniciativa capitalista constante do *caput* do art. 170 da Constituição Federativa do Brasil.

Pertinente o escrito de Cláudia Lima MARQUES²⁰:

Parece-me, pois, que o intérprete e o aplicador da lei, em especial do CDC, devem ter em conta esta valoração

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Contrato no Código de Defesa do Consumidor. p. 513-514.

²⁰ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor...p. 306.

constitucional e sua hierarquia implícita: para as pessoas físicas, o direito do consumidor é um direito fundamental, sendo que o cidadão pode exigir proteção do Estado para os seus novos direitos subjetivos tutelares. Trata-se de um privilégio, uma garantia, uma liberdade de origem constitucional, um direito fundamental básico. Para todos os demais agentes econômicos, especialmente para as pessoas jurídicas, o direito do consumidor é apenas um sistema limitador da livre iniciativa do **caput** do art. 170 da CF/88, sistema orientador da ordem econômica constitucional brasileira.

A nova hermenêutica jurídica proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor já foi percebida pelo Pretório Catarinense, que em venerando acórdão reconheceu a supremacia da lei consumerista sobre tratados internacionais ratificados pelo Brasil:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ATRASO DE VÔO. PRETENSÃO DA EMPRESA AÉREA DE APLICAR A CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. PRETENSÃO AFASTADA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

DANO MATERIAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO.

DANO MORAL. DESNECESSIDADE DE PROVA. VALOR ESTIMANDO.

- Não se pode olvidar que o Código de Defesa do Consumidor estabelece normas de ordem pública e elenca direitos básicos do consumidor dentre eles a efetiva reparação dos danos materiais e morais (art. 6º, VI). A lei atende o comando constitucional – artigo 5º, XXXII – que erige a defesa do consumidor à condição de direito fundamental. Note-se que a Constituição Federal, lei máxima do nosso ordenamento jurídico, em seu artigo 5º, § 2º, não propõe a supremacia de convenções ou tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, apenas chama para si a exclusividades dos direitos e garantias fundamentais. No caso de transporte aéreo não se tem como negar a inserção das partes, o passageiro e a empresa aérea, no conceito legal de consumidor e fornecedor.

A condenação em dano material exige comprovação dos prejuízos. O autor que não apresenta prova e não especifica o pedido a título de dano material, não pode fazer jus à

indenização, já que o artigo 286 do CDC, exige pedido certo e determinado (TJSC, Apelação Cível n. 00.010485-0, de Rio do Sul, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz)

Para dar cumprimento ao estabelecido no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, coube à iniciativa do Conselho de Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça – quando este era capitaneado pelo Ministro Paulo BROSSARD -, a elaboração do projeto de lei que dispusesse sobre a defesa do consumidor. Do ano de 1988 a 1990, culminando com a promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a comissão de elaboração do projeto foi presidida pelo Dr. Flávio FLORES DA CUNHA BIERRENBACH e pela professora Ada PELLEGRINI GRINOVER.

Ao expor os motivos de visão geral do Código de Defesa do Consumidor, tanto Ada PELLEGRINI GRINOVER quanto Antonio HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIM – partícipes da elaboração do projeto -, justificavam a aplicação do modelo intervencionista estatal alertando que a ‘purificação’ do mercado se dá por dois modos que não se anulam, porém necessariamente se completam.

O primeiro modo fica restrito ao ‘modelo privado’, quando os fornecedores e os consumidores, seja através de convenções coletivas de consumo ou boicote, se auto-regulam. No segundo modo, há a intervenção estatal sem descarte da participação privada e, moldados na lei, doutrina e jurisprudência, opera-se com instrumentos normativos de equilíbrio.

Para os autores²¹:

[...]. É o modelo do intervencionismo estatal, que se manifesta particularmente em sociedades de capitalismo avançado, como os Estados Unidos e países europeus.

Nenhum país do mundo protege seus consumidores apenas com o modelo privado. Todos, de uma forma ou de outra, possuem leis que, em menor ou maior grau, traduzem-se em um regramento pelo Estado daquilo que, conforme preconizado pelos economistas liberais, deverá permanecer na esfera exclusiva da decisão dos sujeitos envolvidos.

Para Carlos Ari SUNDFELD²², a participação estatal através da atividade normativa e da atividade jurisdicional, garante o modelo de Estado Democrático de Direito:

Uma lei vale, deve ser obedecida – seja pelos Poderes

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: p. 7-8.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. p. 40.

Executivo e Judiciário, seja pelos indivíduos -, porque foi feita com base e na forma da Constituição. Um ato do Presidente da República (a nomeação de funcionário, a doação de leite para crianças desnutridas) tira seu fundamento de validade da lei; este ato vale, deve ser acatado, por ter sido produzido com base e na forma da lei. A sentença do juiz (condenando um criminoso, decretando o despejo do inquilino em débito) também tira seu fundamento da validade da lei. Por isso o ordenamento jurídico é uma pirâmide: o ato administrativo e a sentença valem se estiverem de acordo com a lei, que lhes é superior; a lei vale se estiver de acordo com a Constituição, que lhe é superior. Olhando no sentido inverso, verificamos que a Constituição é o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico. Nisso consiste a supremacia da Constituição.

Em conclusão, resta de meridiana clareza que o Código de Defesa do Consumidor, gerado a partir do comando constitucional pela Constituição Federativa do Brasil é recepcionado e como tal deverá ser interpretado e garantido, quando então, nas palavras de Cláudia Lima MARQUES²³ [...]. O contrato passa ser um ponto de encontro de direitos individuais, sendo que os direitos dos consumidores **stricto sensu**, em especial, as pessoas físicas, são direitos de mais alta garantia constitucional, direitos fundamentais, protegidos pela cláusula pétrea (art. 60 da Constituição Federal).

Se há certas dificuldades para a aplicação das normas consumeristas é apenas um reflexo dos chamados 'novos direitos' que, em um primeiro momento, ocasionam algumas dificuldades em sua aplicação, aceitação e confirmação. Mas importante é que a proteção constitucional do consumidor de práticas comerciais abusivas torna-se uma prática reiterada.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor...p. 213.